

参考人の虚偽供述と証拠偽造罪

最高裁判所平成28年3月31日第一小法廷決定
平成26年(あ)第1857号 詐欺、証拠隠滅被告事件、上告棄却
裁時1649号7頁、LEX/DB25447891

永 井 善 之

【事実の概要】

原判決（大阪高判平成26・11・26公刊物未登載）およびその是認する第1審判決等によれば、本件の事実関係は次のとおりである。

本件は、被告人が平成23年12月19日にAとともに警察署を訪れ、同署刑事課所属の警部補Bおよび巡査部長Cから、暴力団員である知人Dを被疑者とする覚せい剤取締法違反被疑事件について参考人として取り調べを受けた際、A、BおよびCと共謀の上、Cにおいて、「Aが、平成23年10月末の午後9時頃にDが覚せい剤を持っているのを見た。Dの見せてきたカバンの中身をAがのぞき込むと、中には、ティッシュにくるまれた白色の結晶粉末が入った透明のチャック付きポリ袋1袋とオレンジ色のキャップが付いた注射器1本があった」などの虚偽の内容が記載されたAを供述者とする供述調書1通を作成した、という事案である。

本件においてAは、被告人と相談しながら、Dが覚せい剤等を所持している状況を目撃したという虚構の話を作り、二人で警察署へ赴き、BおよびCに対し、Dの覚せい剤所持事件の参考人として虚偽の目撃供述をしたところ、被告人らの説明、態度等からその供述が虚偽であることを認識したBおよびCから、覚せい剤所持の目撃時期が古いと令状請求をすることができないと示唆され、「適当に2か月程前に見たことで書いとったらええやん」などと言われると、これに応じて2か月前にもDに会ったなどと話を合わせ、具

体的な覚せい剤所持の目撃時期、場所につき被告人の作り話に従って虚偽の供述を続けた。Cは、Aらと相談しながら具体化させるなどした虚偽の供述を、それと知りながら、Aを供述者とする供述調書とし、Aはその内容を確認して、Cから「正直、僕作ったところあるんで」、「そこは流してもうて、注射器とか入ってなかったという話なんすけど、まあ信憑性を高めるために入ってます」などと言われながらも、その末尾に署名指印をした。

【決定要旨】

以上の事実につき、被告人にA、BおよびCとに係る証拠偽造罪（刑法104条）の共同正犯を認めた原判決に対する弁護人からの上告を棄却した本決定は、本罪の成否につき職権により次のように判断した。

「他人の刑事事件に関し、被疑者以外の者が捜査機関から参考人として取調べ（刑訴法223条1項）を受けた際、虚偽の供述をしたとしても、刑法104条の証拠を偽造した罪に当たるものではないと解されるところ（大審院大正3年（れ）第1476号同年6月23日判決・刑録20輯1324頁、大審院昭和7年（れ）第1692号同8年2月14日判決・刑集12巻1号66頁、大審院昭和9年（れ）第717号同年8月4日判決・刑集13巻14号1059頁、最高裁昭和27年（あ）第1976号同28年10月19日第二小法廷決定・刑集7巻10号1945頁参照）、その虚偽の供述内容が供述調書に録取される（刑訴法223条2項、198条3項ないし5項）などして、書面を含む記録媒体上に記録された場合であっても、そのことだけをもって、同罪に当たるということはできない」。「しかしながら、本件において作成された書面は、参考人AのC巡査部長に対する供述調書という形式をとっているものの、その実質は、被告人、A、B警部補及びC巡査部長の4名が、Dの覚せい剤所持という架空の事実に関する令状請求のための証拠を作り出す意図で、各人が相談しながら虚偽の供述内容を創作、具体化させて書面にしたものである」。「このように見ると、本件行為は、単に参考人として捜査官に対して虚偽の供述をし、それが供述調書に録取されたという事案とは異

なり、作成名義人であるC巡査部長を含む被告人ら4名が共同して虚偽の内容が記載された証拠を新たに作り出したものといえ、刑法104条の証拠を偽造した罪に当たる。したがって、被告人について、A、B警部補及びC巡査部長との共同正犯が成立するとした原判断は正当である」。

【評釈】

1 問題の所在

刑法104条に規定された証拠隠滅（1995年の同法改正以前は「証拠」、「湮滅」。以下同じ）等罪は、犯人蔵匿等罪（同103条）、証人等威迫罪（同105条の2）と並んで刑事司法作用に対する罪の一つと位置づけられており（同法第2編第7章）、そこでは他人の刑事事件に関する証拠の隠滅のほか、その偽造、変造、および偽変造に係る証拠の使用が構成要件的行為とされている。これらのうち、偽造は新たな証拠の創造、すなわち実在しない証拠を実在するがごとく新たに作出することをいうとされているところ¹⁾、参考人が捜査機関に対して虚偽の供述を行うなどの場合もこれに当たるとして証拠偽造罪の成立が認められるかが問題となりうる。

従来、この点に関する最高裁の判例は存在しなかったが²⁾、下級審の裁判例では、以下にみるとおり単なる虚偽供述やそれが録取され供述調書が作成されたのみでは本罪には当たらないものの、自ら積極的に虚偽内容を記載した供述書を作成した場合には本罪に当たるとする判断が蓄積されてきた。このような本決定は、単なる虚偽供述やそれが供述調書に録取されたのみでは本罪に当たらないことを傍論において認めつつ、取調べ時に供述が録取さ

1) 仙台高判昭和35・5・17下刑集2巻5-6号665頁、なお大判昭和10・9・28刑集14巻997頁。

2) 本決定の引用する先例はいずれも、刑法104条にいう証拠偽造は宣誓をした証人による偽証を含まないという理由で、宣誓をした証人による偽証または同人に偽証をさせることにつき証拠偽造罪の成立を否定するものである。なお、このうち大判昭和9・8・4刑集13巻1059頁は宣誓をしない者による虚偽供述または同人にこれをさせることについても同様に解している。

れ書面化されるに際して、捜査官とともに相談しながら虚偽の供述内容を創作、具体化させて書面にしたと認められる場合は虚偽内容が記載された証拠を新たに作出したものであって証拠偽造罪に当たり、参考人はこれらの者との共同正犯となるとの判断を示している。捜査官の関与という特異な事情があった事案に係るものではあるが、本決定は参考人の虚偽供述に係る証拠偽造罪の成否について最高裁として初めて一定の判断を示したものとして重要な意義をもつ。

2 裁判例と学説

まず、参考人による捜査機関への虚偽の供述等に係る証拠偽造罪の成否という問題についての従来の裁判例ならびに学説における理論状況を確認する。この問題は一般に、その具体的事案の次のような類型化の上で議論がなされている。すなわち、①宣誓をしない者や捜査段階での参考人が虚偽の供述を行った場合、②参考人が行った虚偽の供述が録取され供述調書が作成された場合、③自ら虚偽の内容を記載した供述書（上申書等）を作成した場合、である。

(1) 裁判例

この問題について、裁判例においては従来から、①類型および②類型については刑法104条の罪は成立しないことが認められている。まず①類型については、その理由として、①本条にいう証拠は人証を含むが、証拠方法としての人証に限られ証拠資料までも包含するものではない、②偽証罪（刑法169条）が宣誓をした証人の虚偽陳述のみを処罰していることから、刑法は宣誓をしない者の虚偽供述を処罰しない趣旨と解される、③出頭、供述を拒む自由を有する参考人の虚偽供述を104条により処罰することはできない、④偽証罪については自白による刑の減免規定（刑法170条）が存在するが、より軽い104条の罪についてはそれが存在しない、⑤証人等威迫罪は虚偽の

供述を強制する場合にも成立すると解されるところ、本罪の法定刑は104条の罪のそれよりも軽いため、強制によらない虚偽供述の依頼は不可罰と解される、⑥虚偽供述が104条の罪に該当するとされれば処罰範囲が非常に広範で不明確となる、⑦宣誓無能力者は宣誓をさせても真実の供述を期待することはできないとして宣誓をさせずに証言させるものであるから、104条の罪の刑罰をもって真実の供述を強制することは妥当ではない、⑧虚偽供述が104条の罪に該当するとされると、捜査官が参考人から事情聴取をする際に捜査官の見解と異なる供述がなされれば本罪の嫌疑が生じるため、参考人の記憶に反する供述が導かれるおそれがある、⑨人の供述は不誠実で移ろいやすく往々にして虚偽を含むが、供述は物的証拠と比較して司法作用を侵害する程度は低いため、刑法は虚偽供述を偽証と虚偽告訴（刑法172条）に限って処罰する趣旨と解される、などが挙げられている³⁾。

また、⑧類型については、供述調書は参考人の捜査官に対する供述を録取したにすぎないものであるから、虚偽の供述が録取された供述調書が作成されても（虚偽供述自体が104条の罪に該当しないのと同様）104条の罪には当たらない⁴⁾、供述が供述調書という証拠方法に転化したかゆえに104条の罪

-
- 3) 大阪地判昭和43・3・18判タ223号244頁（参考人への虚偽供述の要求。理由①、②、③）、宮崎地日南支判昭和44・5・22刑月1巻5号535頁（同。理由①、④、⑤）、千葉地判平成8・1・29判時1583号156頁（同。理由⑥、⑦、⑧、⑨）（評釈として、中森喜彦「判批」判例評論460号（1997年）238頁以下）。また、理由の明示は欠くが同じ結論のものとして、大判昭和9・8・4・前掲注2）（宣誓をしない者への虚偽供述の要求）。
- 4) 千葉地判平成7・6・2判時1535号144頁（参考人の虚偽供述。評釈として、大山弘・松宮孝明「判批」法学セミナー490号（1995年）81頁以下、尾崎道明「判批」研修569号（1995年）15頁以下、奥村正雄「判批」法学教室186号別冊判例セレクト'95（1996年）40頁、同「判批」大谷實編『判例講義刑法Ⅱ各論〔第2版〕』（2011年）162頁、伊藤司「判批」『平成7年度重要判例解説』（1996年）141頁以下、岩間康夫「判批」松尾浩也ほか編『刑法判例百選Ⅱ各論〔第4版〕』（1997年）230頁以下、中森・前掲注3）238頁以下、藤岡一郎「判批」芝原邦爾ほか編『刑法判例百選Ⅱ各論〔第5版〕』（2003年）242頁以下、前田雅英『最新重要判例250刑法〔第5版〕』（2004年）253頁、曾根威彦「判批」曾根威彦・日高義博編『基本判例6刑法各論〔第2版〕』（2006年）145頁、飯島暢「判批」西田典之ほか編『刑

の成立を認めると、刑法が虚偽供述の可罰性を偽証罪等に限定した趣旨を損なう、供述者の署名押印は録取内容の正確性を承認する意義を有するに過ぎず、正確に録取されている限りそれ自体に虚偽性はない、虚偽内容の供述調書の完成が104条の罪に当たるとされると、捜査官は自己の見解と異なる内容の供述調書が完成すれば参考人が本罪を犯したと認識することになるから、本罪の成立を供述調書が完成した場合に限定するとしても虚偽供述が導かれるおそれという問題は依然として存在する⁵⁾、などの点が104条の罪の成立を否定すべき根拠とされている⁶⁾。

他方で裁判例においては、㉔類型については、その根拠は明確には示されていないものの、104条の罪が成立することが認められている⁷⁾。

(2) 学 説

学説においては従来、㉔類型については証拠偽造罪の成立を否定するものが通説的見解であった⁸⁾。

法判例百選Ⅱ各論〔第6版〕』（2008年）256頁以下、深町晋也「判批」成瀬幸典ほか編『判例プラクティス刑法Ⅱ各論』（2012年）490頁、亀井源太郎「判批」山口厚・佐伯仁志編『刑法判例百選Ⅱ各論〔第7版〕』（2014年）246頁以下）。

5) 以上千葉地判平成8・1・29・前掲注3)。

6) もっとも、供述調書に係る事案ではないが、大判昭和12・4・7刑集16巻517号では、選挙運動の報酬としての金員供与に係る自己の刑事事件の審理を有利とするため、供与時に運動員から形式的に借用書を受けていたことを奇貨として、金員は貸金とする運動員相手の請求訴訟を提起し、情を告げて運動員にこれを認諾してもらうことで、情を知らない裁判所書記官により請求認諾という虚偽内容の口答弁論調書が作成された事案につき、運動員に成立する証拠偽造罪に係る教唆犯の成立が認められている。

7) 千葉地判昭和34・9・12判時207号34頁、東京高判昭和36・7・18東高刑時報12巻8号133頁、東京高判昭和40・3・29高刑集18巻2号126頁、福岡地判平成5・6・29公刊物未登載（井上宏「判批」研修562号（1995年）29頁以下参照）。

8) 平野龍一「刑法各論の諸問題18」法学セミナー228号（1974年）40頁、団藤重光『刑法綱要各論〔第3版〕』（1990年）86頁、87頁注5、福田平『全訂刑法各論〔増補版〕』（1992年）31頁等。なお藤木英雄『刑法講義各論』（1976年）42頁。

しかし近時は、この場合の証拠偽造罪の成立を認める見解も有力となりつつある。この肯定説は、いまみたように裁判例の立場である否定説の論拠のいくつかに対しては次のように解している（番号は両説で対応）。すなわち、①証拠資料も、その隠滅により刑事司法作用の侵害の危険を生じる点では証拠方法と変わらず、虚偽の供述は新たな証拠の創造であって104条にいう証拠偽造に当たる、②宣誓をした者による供述はそれ以外のものより証明力が高いことから、宣誓後の偽証には法定刑の重い169条が、それ以外にはその軽い104条が適用される、③出頭、宣誓、証言を強制される証人による偽証に対しては法定刑の重い169条が、出頭、供述の強制されない参考人による虚偽供述に対してはその軽い104条が適用される、④偽証罪は罪質の重さのゆえに政策的に刑の減免規定が設けられているのに対し、その軽い証拠偽造罪についてはそのような減免の必要がない、⑤証拠偽造罪と証人等威迫罪とは法益が異なり、また前者の成立には虚偽の供述を要するが後者は強談威迫の行為で直ちに既遂となることから、法定刑の相違は合理的に説明されうる、とされる⁹⁾。

また学説においては、③類型および④類型については、①類型に係る肯定

9) 堀内捷三『刑法各論』（2003年）320頁以下（理由①、④、なお②）、板倉宏『刑法各論』（2004年）321頁（理由①）、只木誠「参考人の虚偽供述と証拠偽造罪」西田典之ほか編『刑法の争点』（2007年）257頁（理由①、②、④、⑤）、中森喜彦『刑法各論〔第4版〕』（2015年）292頁以下（理由①、なお②）、なお大塚仁『刑法概説各論〔第3版増補版〕』（2005年）598頁。実務家によるものとして、加藤康榮「参考人の虚偽供述と証憑湮滅罪の成否」研修526号（1992年）90頁以下（理由①から⑤）、尾崎・前掲注4）19頁以下（理由①、④、⑤、なお②）。また伊東研祐「参考人の虚偽供述と証拠偽造罪」現代刑事法5巻10号（2003年）35頁は、肯定説の根拠を、犯罪の複雑化・広域化・国際化・多発化等や供述の記録・記憶方法等の進む現状下では捜査活動の適性かつ円滑な機能ないし運営の保護を証拠隠滅等罪に担わせる必要性があることに求められる。なお山口厚『問題探究刑法各論』（1999年）290頁以下は、虚偽供述自体が証拠偽造になるとの結論は回避しがたい（理由①から⑤）とされつつ、処罰範囲の限定や明確性の観点から虚偽供述が文書化された場合に本罪の成立を限定することも方策とされる（同『刑法各論〔第2版〕』（2010年）588頁も参照）。

説からは証拠偽造罪の成立を認めることになるほか、㊸類型に係る否定説にあって、虚偽の供述内容が書面化され物理的存在になることで証拠価値が高まっている¹⁰⁾、104条にいう証拠とは本犯の刑事被告事件において公判廷に提出されうる証拠の意味に解されるべきであり、虚偽供述も書面化された場合には証拠の偽造と評されうる¹¹⁾、といった理由により証拠偽造罪の成立を肯定する見解もある。

その一方で、これら㊸、㊹両類型についても、証拠偽造罪における偽造は文書偽造罪の場合と同様に名義の冒用すなわち有形偽造と解するべきである¹²⁾、証拠偽造罪に係る偽造との文言の一般的語感には虚偽供述はそぐわず、また、誤りや脚色の存在が類型的である供述にはたとえ嘘が含まれてもその存在自体で真正な証拠であり、虚偽内容の供述書の作成についても同様である¹³⁾、公判期日外の供述証拠が伝聞証拠として原則的に証拠能力を否定される点で供述調書も供述書も証拠法上の扱いが同一であって、その内容が虚偽たる場合の可罰性の有無も同一たるべきところ、前者の場合を可罰的とすれば虚偽供述自体の処罰と等しくなる¹⁴⁾、などを理由として証拠偽造罪の

10) 西田典之『刑法各論〔第6版〕』（2012年）463頁、高橋則夫『刑法各論〔第2版〕』（2014年）649頁、大谷實『刑法講義各論〔新版第4版補訂版〕』（2015年）606頁、なお山中敬一『刑法各論〔第3版〕』（2015年）805頁以下。また十河太郎「内容虚偽の供述調書と証拠偽造罪」同志社法学49巻2号（1998年）40頁以下は、このような証拠価値の高さや、そもそも書面化された以上証拠方法であり104条にいう証拠に当たるという理由から、㊸類型に係る肯定説・否定説の如何に関わらず㊸、㊹両類型につき証拠偽造罪の成立が認められるとされる。

11) 杉本一敏「司法作用に対する罪」曾根威彦・松原芳博編『重点課題刑法各論』（2008年）247頁、曾根威彦『刑法各論〔第5版〕』（2012年）303頁。

12) 松宮孝明「捜査機関に対する参考人の虚偽供述と証拠隠滅罪」立命館法学246号（1996年）47頁以下。大山・松宮・前掲注4）82頁、松宮孝明『刑法各論講義〔第4版〕』（2016年）473頁以下も参照。

13) 岩間・前掲注4）231頁。松宮・前掲注12）『刑法各論講義』473頁も参照。

14) 安田拓人「司法に対する罪」法学教室305号（2006年）75頁以下、伊藤涉ほか『アクチュアル刑法各論』（2007年）485頁以下〔安田拓人〕。

成立を否定する見解も有力である¹⁵⁾。

学説においてはさらに、裁判例の基本的な傾向と同様に㉔類型についてのみ証拠偽造罪の成立を肯定する見解もある。この見解は、供述調書は供述を確認したに過ぎない受身的色彩が濃く、その内容の虚偽を理由とした処罰は虚偽供述の処罰とほぼ等しくなるのに対し、自らの書面作成は積極的行為であって証拠偽造罪の法益の侵害性も相対的に高い一方、その処罰が証人や参考人の地位を害する危険も捜査協力を萎縮させる程度も低いと考えられること¹⁶⁾、証拠偽造罪の成立が取調べ以外の場で内容虚偽の供述書が作成された場合に限定されるのであれば迎合的な供述を導くおそれはないこと¹⁷⁾、などを理由としている¹⁸⁾。

3 証拠偽造罪の成否の検討

以上のような理論状況にある各類型に係る証拠偽造罪の成否について、以下に簡潔に検討する。

(1) 虚偽の供述（㉔類型）について

まず、㉔類型については、この場合における証拠偽造罪成立の可否双方の立場から主張される、本罪における証拠概念（理由①）や本罪と偽証罪等の他罪との関係（理由②から⑤）に係るそれぞれの理解は、いずれも成り立ち

15) また林幹人『刑法各論〔第2版〕』（2007年）465頁は、大判昭和12・4・7・前掲注6）「の場合のように、捜査手続の外で、虚偽文書が作成された場合には、証拠偽造罪の成立を否定する理由はない。しかし、上申書、供述録取書のように、当該刑事事件の捜査官を直接の相手とする場合、容易に信用されず、虚偽性によって捜査が攪乱される可能性は一般的には低いと考えられ、本罪の成立を認めることには疑問がある」とされる。

16) 前田雅英「参考人の虚偽供述と証拠偽造罪」研修574号（1996年）15頁、なお同『刑法各論講義〔第6版〕』（2015年）465頁。

17) 亀井・前掲注4）247頁。

18) 同様の結論を採るものとして、木村光江『刑法〔第3版〕』（2010年）514頁以下、斎藤信治『刑法各論〔第4版〕』（2014年）319頁以下。

うる解釈であると思われる¹⁹⁾。したがってその肯否のいずれがより適切かの判断は他の実質的な根拠によるべきと考えられるが、結論的には否定説が妥当であるように思われる。第一に、供述自体の証拠としての価値がさほど高くはないことが挙げられよう。すなわち、刑事訴訟法320条以下の規定により公判期日外の供述は伝聞証拠として原則的に証拠能力を否定されていることから、これに対して非伝聞証拠に係ると同様の刑法的保護を与えるまでの要はないと解されうる²⁰⁾。供述の証拠価値の低さはまた、およそ供述にはその内容の様々な誤り等の危険性を伴いうる²¹⁾こともその理由となろう。第二に、この場合に証拠偽造罪の成立が肯定されれば、実質的には宣誓を経していない者にも真実を供述する義務を課すことになることも挙げられる。このような義務のゆえに、捜査機関への迎合的な供述が行われたり、あるいはむしろ捜査への非協力的態度が招来されるなどの影響も生じえよう²²⁾。そして第三に、虚偽の供述自体に証拠偽造罪の成立を認めると、その成立しうる範囲が相当に広範なものとなり²³⁾、その恣意的な運用のおそれといった問題も生じうることを指摘できよう。

なお、この処罰範囲の広範性との問題に対しては、肯定説の立場から、虚

19) 伊藤ほか・前掲注14) 485頁〔安田〕。

20) 伊藤ほか・前掲注14) 485頁〔安田〕。また松宮・前掲注12)「捜査機関に対する参考人の虚偽供述と証拠隠滅罪」52頁以下は、刑事訴訟の構造や現行刑事訴訟法320条以下での「証拠」の意義などから、捜査機関に対する（裁判官の面前でなされたものではない）供述はこれに含まれず、104条の罪の客体にもなりえないとされる。

21) 岩間・前掲注4) 231頁参照。千葉地判平成8・1・29・前掲注3) もこの点を強調している。

22) 飯島・前掲注4) 257頁、亀井・前掲注4) 247頁参照。

23) 千葉地判平成8・1・29・前掲注3) も、虚偽の供述は犯人隠避としては限定的であるが、証拠隠滅としては広範にすぎるとする。なお、この指摘は、虚偽供述に係る証拠偽造罪成立の肯定説からの、判例上参考人の虚偽供述が犯人隠避に当たりうると認められているため証拠隠滅にならないとはいいたいとの主張（伊東・前掲注9) 35頁）への反論ともなりうるように思われる。

偽の供述を示す事実の存在、あるいは法益の同じ刑法103条の罪における蔵匿や隠避と同程度の法益侵害の危険性を有しうる態様であることを要件化することにより限定がなされうるとの指摘もある²⁴⁾。しかし前者については、そのような事実が判明している場合には捜査・審判機関は当該供述を信用しないであろうから、104条の罪の保護法益への抽象的危険さえ認めがたく本罪成立は否定されるべきことになるといえよう。また後者については、両罪間ではその法益の具体的な内容に差異がありうることや行為客体の相違などからして、両罪の対比から法益侵害の危険性を指標に一方の行為態様を限定してゆくことは困難ではないかとの指摘がなされうるように思われる。

(2) 虚偽内容の供述調書（㊸類型）について

ついで、㊸類型についてであるが、前述のようにこの場合には証拠偽造罪の成立を認める見解も多い。確かに、供述であっても書面化がなされれば証拠方法となるほか、例えば既に作成済みの供述調書に改変が加えられた場合などには証拠偽造罪に当たりうることとなろう。しかし、虚偽の供述がそのまま録取され調書化された場合についても証拠偽造罪の成立が認められるとすれば、供述は書面化されることが通例であろうから、虚偽供述自体を本罪により処罰することと大差ない事態となるように思われる。そうするとここでも、前述のような㊶類型に係る否定説についてと同様な論拠、すなわち、伝聞証拠としての供述（調書）の証拠価値の低さや、その処罰が真実供述義務を課すことになること、処罰範囲が相当に広範となることなどが妥当しよう²⁵⁾。さらにまた、供述調書という書面に特有の性質、すなわち、供述の

24) 前者につき只木・前掲注9) 257頁、後者につき伊東・前掲注9) 36頁、只木・前掲注9) 257頁。

25) 前述のように、山口・前掲注9)『問題探究刑法各論』292頁は、処罰範囲を限定する必要があるとすればその方策として、供述が書面化された場合に証拠偽造罪の成立を限定することを挙げられるが、供述の調書化は通例であろうから、処罰範囲の広範性との問題は、その書面化の場合にもなお残存するように思われる。

記録書面は一定内容の供述があったことの記録化であることから、その担保する意義は供述内容の真実性（実質的真実）ではなく一定内容の供述の存在（形式的真実）にすぎないこと²⁶⁾も、この場合の証拠偽造罪の成立が否定されるべき根拠となるように思われる。

（3）虚偽内容の供述書（㉔類型）について

最後に㉔類型については、いまみたように㉓類型につき証拠偽造罪の成立が認められるべきではない根拠の一つが、その処罰が実質的には㉑類型の処罰と大差なくなることと求められるとすれば、虚偽の供述が録取され供述調書が作成された場合と虚偽の内容が記載された供述書を自ら作成した場合とを区別して、後者についてのみ証拠偽造罪の成立を肯定するという前述の見解にも一定の合理性はあるように思われる。この点はまた、単なる供述行為（供述調書が作成される場合も同様）と書面作成行為とでは非難可能性に相違が認められうること、また形式的にも、自己の供述が捜査官により録取され書面化される場合と自らがその内容を執筆して書面を作成する場合とでは、客観的具体的な行為態様自体としての相違も比較的明瞭であろうことから根拠づけられうるように思われる。

もっとも、学説の多数により指摘されるように、この見解がその理由の一つとする、調書の場合は供述の確認に過ぎず受身的であるのに対し自ら行う書面作成は積極的で法益侵害性も相対的に高いという点については、供述書も捜査機関の要請に基づき作成されることが多いことや、調書作成を利用して多数の虚偽事実を積極的に申し述べる場合もあれば供述書に僅かの虚偽が含まれるに過ぎない場合もあること²⁷⁾などから、必ずしも説得的でないように思われる。また、供述書と供述調書とでは証拠法上の扱いに差異がないこ

26) 岩間・前掲注4) 231頁、松宮・前掲注12)『刑法各論講義』473頁。松宮・前掲注12)「捜査機関に対する参考人の虚偽供述と証拠隠滅罪」47頁以下も参照。

27) 只木・前掲注9) 257頁。

と、つまりこれらの内容に虚偽がある場合に生じうる刑事司法作用への影響にも有意な差異は想定されがたいことから、これらの書面に係るそれぞれの場合(㉔、㉕類型)で証拠偽造罪の成否を分かつことは困難ないし妥当ではないともいえよう。そうであるとすれば、前述のように㉔類型に係る本罪の成立は望ましくないこと、さらに、前述のように供述書の作成も捜査機関の要請によりなされる場合も多い点では、これに本罪の成立が認められうる場合にはなお迎合的な供述を招来するおそれもあることなどからしても、㉕類型についても本罪の成立を否定的に解することが妥当ではないと思われる²⁸⁾。

4 本決定の分析

(1) ㉔類型、㉕類型について

本決定は、まず「他人の刑事事件に関し、被疑者以外の者が捜査機関から参考人として取調べ……を受けた際、虚偽の供述をしたとしても、刑法104条の証拠を偽造した罪に当たるものではないと解されるところ……、その虚偽の供述内容が供述調書に録取される……などして、書面を含む記録媒体上に記録された場合であっても、そのことだけをもって、同罪に当たるということはできない」とする。このうち前半部分においては、参考人による取調べ時の虚偽供述は証拠偽造罪に当たらないとされ、㉔類型のような場合には本罪は成立しないとの立場が示されている。またその後半部分においては、これら虚偽供述が供述調書等の媒体に記録された場合にも、これのみをもって本罪に当たるとはいえないとされ、㉕類型のような場合にも本罪の成否に係る原則的な否定説の立場が示されているといえよう。従来から議論のあったこれらの論点につき、いずれも傍論ながら最高裁によってその立場が示されたことの意義は大きく、またその結論も、前述の考察からは妥当なものと解

28) 安田・前掲注14) 76頁、伊藤ほか・前掲注14) 485頁以下〔安田〕参照。

される。

(2) 本件事案について

他方で本決定では、捜査官の積極的関与がありながらも、参考人による取調べ時の虚偽の供述内容が録取され供述調書が作成されたという点ではなお③類型に該当すると解されうる本件事案について、被告人に証拠偽造罪の共同正犯の成立を認めた原判決が是認されている。本決定のこのような結論は、その採る前述の③類型に係る判断や、あるいは一般に④類型以外については本罪の成立が否定されてきた従来の下級審裁判例との関係では如何に位置づけられうるかが問題となりうる。

この点については、本件事案の特性に対する本決定による評価が要点となっているように思われる。つまり本件事案では、被告人と相談のうえで行われたAによる、知人Dの覚せい剤所持を目撃した旨の虚偽供述がその契機となっではいるが、この虚偽性を認識した警察官B、Cから、Dの覚せい剤所持との架空の事実に係る令状請求のためにさらに虚偽供述をなすよう促され、結局これら4名全員で相談して虚偽の供述内容を創作し具体化して、この調書化がなされている。本決定はこのような事実関係を「本件において作成された書面は、参考人AのC巡査部長に対する供述調書という形式をとっているものの、その実質は、被告人、A、B警部補及びC巡査部長の4名が、Dの覚せい剤所持という架空の事実に関する令状請求のための証拠を作り出す意図で、各人が相談しながら虚偽の供述内容を創作、具体化させて書面にしたもの」と解し、そのうえでこの事態を「単に参考人として捜査官に対して虚偽の供述をし、それが供述調書に録取されたという事案とは異なり、作成名義人であるC巡査部長を含む被告人ら4名が共同して虚偽の内容が記載された証拠を新たに作り出したもの」と評価している。本決定によるこのような理解においては、本件は形式的には虚偽の供述内容が録取された供述調書が作成された事案ではあるが、その実態は捜査官とともに虚偽の供述内容

の創作とその書面化がなされたもの、つまり、本件事案は実質的にはもはや③類型とは解されがたく、むしろ④類型に近似したケースである、との評価がなされているように思われる。このように解されうるとすれば、本決定が本件事案につき証拠偽造罪の成立を認めたことは、③類型については本罪は成立しないとする（本決定自身も採る）立場と必ずしも矛盾するものではないことになろうし、またひいては、本決定は従来の裁判例の一般的傾向、すなわち④類型の場合にのみ本罪が成立するという理解に親和的な立場を採ったものとの評価も不可能ではないかもしれない。

ただそうすると、④類型（に類する事例）については証拠偽造罪が成立するという理解の妥当性が改めて問われることとなる。そして本決定においてはこの点、すなわち本類型のような事案に係る本罪成立の具体的な論証までは行われていないと評されざるをえない。

前述のように、④類型についてもなお証拠偽造罪の成立を消極的に解することは合理的であると考えられる。また、本件事案に則してみても、本決定により証拠偽造罪の成立が是認された実質的根拠、すなわち「虚偽の内容が記載された証拠を新たに作り出した」ことは、これが捜査官までも関与して実行されたものであっても、虚偽内容の供述が情を知らない捜査官により録取され供述調書が作成されたという典型的な（本決定自身が本罪成立を否定する）③類型の場合と比較して、法益侵害性の程度に本罪成立の有無を根拠づけるほどの差異をもたらすとまではいいがたいように思われる。捜査官の関与が当該書面に係るのちの信用性の検証を誤らせるおそれはあるとしても、この点は、供述調書も捜査官によりその録取内容の真実性が担保されるような書面ではないことからする帰結と大差ないと思われるからである。以上のような観点からすれば、本件事案についても証拠偽造罪の成立を消極に解することもなお不合理とまではいえないうに思われる²⁹⁾。

29) なお、被告人らの当初の虚偽供述（このような行為が証拠偽造との評価を受けないことは本決定自身も認める）がその契機となったとはいえ、本件での「虚偽内容証拠の

(3) 他罪の可能性について

本件事案に係る証拠偽造罪の成否については以上のように解されうるとしても、本件につき理論的にはなお文書の偽造に関する罪の成否も問題となりうるように思われる。というのも、本件も形式的には供述調書の作成に係る事案であるところ、本調書は取調べの際の供述者の供述を捜査官が書き記した公文書であり、この捜査官がその供述調書の作成権限を有する者であるから、当該捜査官がその供述調書につき虚偽の内容を記載した場合には虚偽公文書作成罪（刑法156条）の成立の可能性があると考えられるためである。そして、このような供述調書が客体である場合に本罪の成立を根拠づける虚偽性とは、記載内容が客観的真実に反することではなく、それが供述者による供述内容と符合しないことであると解される³⁰⁾。前述のように供述調書は供述者による供述内容がそのまま録取、記載されるべき文書だからである³¹⁾。これを本件事案についてみると、供述調書として作成された文書の記

新たな作出」は捜査官の主導であったと解されざるをえず、このような場合、供述者側としては虚偽供述がいわば「当局からお墨付きを得た」と受け止めがちであることからすれば、本件事案において両者間に非難可能性の相違は存しよう。

30) 団藤重光編『注釈刑法（4）』（1965年）132頁〔大塚仁〕、小野清一郎ほか『ポケット注釈全書刑法〔第3版〕』（1980年）361頁〔中野次雄〕、松宮・前掲注12）「捜査機関に対する参考人の虚偽供述と証拠隠滅罪」50頁、大塚仁ほか編『大コンメンタール刑法第8巻〔第3版〕』（2014年）174頁〔波床昌則〕参照。

31) 虚偽公文書作成罪での「虚偽」は「真実に反すること」であり、証拠偽造罪での「偽造」すなわち「非實在証拠を實在するかのように作出すること」、よってその「偽」も「真実に反すること」であると解されるところ、前述のように供述調書については「供述どおりに録取されること」が真実であるから、供述内容が客観的真実に反していても、これらの罪との関係ではそのような供述自体が録取されれば「虚偽」ないし「偽」はない点では共通であることになる。学説においても、もしも供述内容が真実に反していても、供述調書にその供述どおりに録取されたのであれば虚偽公文書作成罪は成立しないとされる（団藤編・前掲注30）132頁〔大塚〕、小野ほか・前掲注30）361頁〔中野〕、大塚ほか編・前掲注30）174頁〔波床〕）。なお判例においても、供述調書ではなく戸籍簿に係る事案ではあるが、その申告内容が実体法上無効であることを認識しつつ申告どおりに記載した村長兼戸籍吏につき虚偽公文書作成罪は成立しないとしたものがある（大判大

載内容は真実には反しているものの、この記載内容は被告人ら4名で相談のうえ創作されたものであって、この限りで供述者の供述内容に反する内容とまではいえないとすれば、この意味で本件供述調書には虚偽性はないとも解されえよう。

その一方で判例には、真実に反する供述内容に係る供述調書の作成を供述者から依頼されて、それが真実に反することを認識しつつそのような内容の供述があったとする供述調書を作成した警察官につき、たとえ供述そのままを録取したのであっても虚偽公文書作成に当たるとして本罪の成立を認め、供述者には本罪の教唆犯が成立するとしたものがある³²⁾。このような立場からすれば、捜査官と参考人が相談のうえ虚偽の供述内容を創作しその書面化がなされた本件事案についても、各人につき虚偽公文書作成に係る罪が成立しうることになるう³³⁾。

[追記]

脱稿後、いずれも本決定に係る前田雅英「判批」捜査研究65巻6号（2016年）53頁以下、門田成人「判批」法学セミナー738号（2016年）125頁、成瀬幸典「判批」法学教室430号（2016年）152頁に接した。

正7・7・26刑録24輯1016頁)。

32) 大判昭和8・7・13刑集12巻1303頁。

33) この場合捜査官は本罪の正犯となるが、私人たる参考人については、刑法65条1項の共同正犯への適用の有無に係る理解に応じて、本罪の共同正犯または狭義の共犯が成立することになるう。なお判例・通説においては同項の共同正犯への適用が肯定されており、虚偽公文書作成罪に関しても、私人と当該文書の作成権限のある公務員とが共謀して虚偽内容の記載がなされた場合には、私人にも本罪の共同正犯が成立するとされている（大判明治44・4・17刑録17輯605頁）。